

O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ALIMENTAR

Flávio Luís de Oliveira

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná.
Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação *Stricto Sensu* em
Direito da Instituição Toledo de Ensino – Bauru – SP.
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.
Advogado.

Palavras-chave: Direito fundamental, alimentos, tutela interdita, técnica processual

1. INTRODUÇÃO

No âmbito do direito processual constitucional, a tutela constitucional do processo (assentada em dois pilares estruturais: o acesso à justiça e o devido processo legal) tem por fim assegurar a conformação dos institutos processuais aos valores constitucionais.

Assim, a tutela estatal deve realizar os direitos dos cidadãos e o princípio do acesso à justiça, insculpido no artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal, constitui a principal garantia da satisfação destes direitos visando à realização dos fins do Estado.

Logo, essa realidade normativa impõe a construção de procedimentos adequados às peculiaridades do direito material, bem como a materialização de ações fáticas no sentido de se observar o fundamento da República, qual seja, a dignidade humana, nos exatos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Nesta linha, no âmbito da atuação do Poder jurisdicional, a consagração deste fundamento enseja a releitura de vários conceitos tidos como estanques a fim de ensejar a inclusão social com base nos valores do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, o direito à tutela jurisdicional não só requer a consideração dos direitos de participação e de edição de técnicas processuais adequadas, como se dirige à obtenção de uma prestação do juiz, em tempo razoável, sempre na perspectiva de realização dos direitos fundamentais.

Partindo-se destas premissas, frisante particularidade decorre da análise, ainda que perfunctória, de alguns aspectos inerentes à garantia constitucional da tutela específica do dever de sustento, como corolário do direito à vida.

2. A IDENTIDADE ESTRUTURAL E FUNCIONAL DOS ALIMENTOS PROVISÓRIOS E PROVISIONAIS DIANTE DA DIVERSIDADE PROCEDIMENTAL

Ressalte-se, inicialmente, que a delimitação estrutural e funcional da tutela dos alimentos ditos ‘provisórios’ e daqueles denominados ‘provisionais’ constitui um dos temas mais interessantes em sede de alimentos.¹

Nesta linha, Sérgio Gischkow Pereira afirma que

a diferenciação entre as duas espécies é apenas terminológica e procedimental; em essência, em substância, são idênticas, significam o mesmo instituto, a saber, prestações destinadas a assegurar ao litigante necessitado os meios necessários para se manter na pendência da lide.²

Como se vê, a análise da função dos alimentos provisórios e provisionais não é capaz de ensejar qualquer distinção. Ao contrário, ambas as categorias apresentam uma identidade funcional. Portanto, diante do critério funcional, poder-se-ia alegar que ambas hipóteses (alimentos provisórios e alimentos provisionais) são aptas a prover, desde logo, o requerente que necessita de alimentos, ‘satisfazendo’ o direito estampado no pedido inicial. Por outro lado, o critério estrutural não é apto a determinar que o provimento de fixação de alimentos provisionais, somente por estar disciplinado no processo cautelar, caracterizaria uma medida cautelar. Significa dizer,

1 Cf. OLIVEIRA, Flávio Luís de. *A antecipação da tutela dos alimentos provisórios e provisionais cumulados à ação de investigação de paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 40.

2 PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Ação de alimentos*. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1983. p. 49. Neste sentido, a professora Iara de Toledo Fernandes salienta que “os pontos de contato fixam-se quanto à função: há um sentido (essência) de provisão tanto nos provisionais quanto nos provisórios.” (FERNANDES, Iara de Toledo. *Alimentos Provisionais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 152).

portanto, que os alimentos provisionais são, na verdade, alimentos provisionais antecipados.³

Entretanto, a inaptidão do critério estrutural para a determinação dos alimentos provisionais como medida cautelar, visto que ambos são ‘alimentos antecipados’, aliada ao fato, no âmbito funcional, de que ambos materializam a provisão (no sentido de prover) do demandante, não dispensa a análise da diversidade procedimental entre os alimentos provisórios e provisionais.

Certamente, ambas as espécies têm por finalidade substancial prover o requerente da medida. Todavia, a tutela diferenciada prevista na Lei n.º 5.478/68, além de permitir a utilização das técnicas de coerção e sub-rogação, é concedida apenas a quem disponha de prova da relação de parentesco, decorrente da autoridade parental.

Diante disso, o procedimento da Lei em comento possibilita a fixação imediata dos alimentos provisórios para atender à situação de necessidade premente do alimentando, que tem o ônus de demonstrar, *initio litis*, o dever de sustento. Logo, o artigo 4º da Lei n.º 5.478/68 é cogente, imperativo, dando ao magistrado uma atribuição impositiva. Assim, o juiz não pode, preenchidos os requisitos legais, deixar de fixar os alimentos provisórios.

*Constata-se, assim, que o autor deve comprovar, previamente, a relação de parentesco, a permitir imediata ‘agressão’ ao patrimônio do devedor para satisfação prática do crédito alegado.*⁴

3 Perceba-se que “este problema pode ser resumido numa frase: tantos os alimentos ditos “provisórios” quanto os provisionais, regulados pelo CPC, são alimentos antecipados. São os mesmos alimentos que seriam obtidos através da sentença final que provasse a ação de alimentos, os quais, em virtude de urgência, concedem-se antecipadamente. Isto significa, em última análise, que, ao conceder o magistrado alimentos, “provisórios” que o sejam, ou provisionais, ele o fará a custa de sentença final, esvaziando-a do seu principal componente eficaz. Uma vez concedidos os alimentos, a sentença final de procedência que reconhecer o dever de prestar alimentos, antecipadamente concedido, tal como, numa ação de reintegração de posse, por exemplo, apenas confirmará a liminar que haja sido outorgada ao autor. Tanto na liminar possessória como em todas as demais liminares ‘antecipatórias’, cuida-se de uma única lide, sobre a qual se opera, para retirar-lhe um elemento da sentença final de procedência, trazendo-o para a fase liminar do procedimento. Quando isto ocorre, a sentença final esvazia-se de um componente eficaz, precisamente aquele que fora antecipado. É uma questão, portanto, de estrutura, não de função. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 3. p. 329). Em sentido contrário, a professora Iara de Toledo Fernandes aduz que, “em síntese, dando expressão ao nível estrutural para a distinção, postule-se a terminologia “provisionais” para a tutela cautelar e “provisórios” para os alimentos pleiteados nas tutelas definitivas.” (FERNANDES, Iara de Toledo. *Alimentos Provisionais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 152).

4 OLIVEIRA, Flávio Luís de. *A antecipação da tutela dos alimentos provisórios e provisionais cumulados à ação de investigação de paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 41.

Portanto, “a concessão de alimentos provisórios não depende da discricção do juiz, nem a atuação deste se exerce em juízo de probabilidade, dispensado, como é, o exame da aparência do direito e do risco de dano.”⁵

Ao contrário, tratando-se de alimentos provisionais, que poderiam ser pedidos por quem fosse apenas “um provável credor”, como se daria, por exemplo, nas hipóteses de obrigação alimentar, a fixação da prestação alimentícia, ainda que, via cognição sumária, sujeita-se à verificação da probabilidade da existência da pretensão afirmada.

Com efeito, dispõe o artigo 854 do Código de Processo Civil que, na petição inicial, exporá o requerente as suas necessidades e as possibilidades do alimentante. Daí por que, nos termos do parágrafo único do mencionado dispositivo, “o requerente poderá pedir que o juiz, ao despachar a petição inicial e sem audiência do requerido, lhe arbitre, desde logo, uma mensalidade para manutenção.”⁶

Portanto, a diversidade procedimental entre as duas tutelas, concedidos os provisionais em razão de probabilidade e os provisórios quando demonstrado inicialmente o dever de sustento conduz, ainda, a outra consequência: enquanto os alimentos provisionais são devidos até o julgamento dos recursos ordinários, salvo revogação anterior à sentença ou se o acórdão desfavorecer o autor, os provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário, nos termos do artigo 13, parágrafo 3º da Lei n.º 5.478/68.

Vale dizer, a fixação de alimentos provisórios pode sofrer apenas modificação em relação ao valor. Logo, pode haver uma variação, podem ser diminuídos ou majorados, mas a revogação, por expressa disposição legal, somente poderá ocorrer no julgamento do recurso extraordinário.

Feitas estas observações, pode-se concluir que o procedimento específico inerente à tutela dos alimentos provisórios, regulado pela Lei n.º 5.478/68, enseja a concessão de antecipação da tutela, visando a satisfação do direito de forma imediata em face do peculiar interesse de ordem pública que a informa.

Portanto, as peculiaridades da tutela jurisdicional, ainda que prestada via cognição sumária, inerente aos alimentos provisórios e provisionais, apesar de ostentarem a mesma estrutura e função, permitem uma sistematização acerca do tema, de forma a concluir pela diversidade procedimental, bem como, dos âmbitos de incidência.

Como dito, tratando-se de ação alimentar típica, ajuizada por quaisquer dos filhos menores não emancipados, em razão do dever de sustento devida-

5 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A tutela de urgência e o direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 86.

6 BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 17 jan. 1973. “Deve-se, portanto, distinguir as duas ações: a) ação de alimentos provisórios, que compete a quem tem direito de receber alimentos; b) ação de alimentos provisionais, pela qual o seu autor pede alimentos.” (FERREIRA, Pinto. *Investigação de paternidade, concubinato e alimentos*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 147).

mente comprovado (artigo 1566, inciso IV, do Código Civil), assegura-se-lhes a ação especial da Lei 5.478/68, caso em que lhes serão concedidos alimentos provisórios previstos no artigo 4º desta lei.

Por outro lado, tratando-se de obrigação alimentar decorrente, por exemplo, de negócio jurídico (contrato e testamento), de fato gerador da responsabilidade civil, ou ainda, da relação de parentesco entre parentes em linha reta, excluída a hipótese inerente à autoridade parental, ou colateral, o julgador deverá investigar, dependendo do caso concreto, vários fatores, dentre eles a condicionalidade representada pelo binômio necessidade-possibilidade, a comprovação do dano nas hipóteses de alimentos indenizativos, etc.

Reafirme-se, por oportuno, que no trato das relações jurídicas, das quais se irradiam direitos e obrigações alimentares, devem-se separar, nitidamente, àquelas concernentes à existência da sociedade conjugal, as que derivam da união estável, da responsabilidade civil, as que dizem respeito à relação de parentesco e, dentre estas, as oriundas da autoridade parental.

Sendo assim, tal concepção permite vislumbrar que a tutela inerente ao dever de sustento (obrigação de sustento) concerne aos alimentos provisórios, da mesma forma que a tutela inerente aos alimentos pertinentes à sociedade conjugal, à união estável, à responsabilidade civil e as que dizem respeito à relação de parentesco, excluído, por óbvio, o dever de sustento, materializam hipóteses de obrigação alimentar, concernentes, portanto, aos alimentos provisionais.⁷

Em suma, sob esta óptica, a diferença entre alimentos provisórios e alimentos provisionais decorre dos diferentes pressupostos que informam a distinção entre dever de sustento e a obrigação alimentar.⁸

Logo, tratando-se de alimentos decorrentes do dever de sustento, é perfeitamente possível classificar a tutela alimentar, sob a óptica do direito material,

7 “Estes distintos tipos de procedimento se originaram remotamente da forma interdital romana e, mais proximamente, das *inhibitiones* do processo germânico medieval, a denotar a coexistência, ao longo da história, de dois sistemas processuais perfeitamente diferenciados, resultantes de adequação condizente com situações e valores distintos da lide material.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 8. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 385).

8 Assim, poder-se-ia dizer, embora pareça simplista, que a tutela dos alimentos provisórios está para o dever de sustento, assim como a tutela dos alimentos provisionais está para a obrigação alimentar. “Tais enunciados não conflitam agora com o disposto no art. 13, *caput*, da Lei 5.478/68, mas com ele se conformam, na medida em que ali se estabelecia a aplicabilidade da Lei de Alimentos às ‘ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação do casamento’, *no que couber*; ora, nesta sede, aqui não mais caberia a aplicação subsidiária (‘no que couber’) da lei especial, porquanto a legislação processual superveniente estatuiu medida cautelar específica “nas ações de desquite e de anulação de casamento” (CPC, art. 852, I), cuja aplicabilidade se sobrepõe ao dispositivo genérico e eventual do art. 13 da Lei de Alimentos, restringindo-se, portanto, os alimentos provisórios do art. 4º tão apenas às ações de alimentos típicas, deduzidas com base na Lei 5.478/68.” (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 667).

em alimentos (provisórios) preventivos mandamentais (inibitórios) e alimentos (provisórios) preventivos executivos, bem como em alimentos (provisórios) reintegratórios mandamentais e alimentos (provisórios) reintegratórios executivos, a serem prestados, diante da necessidade de efetividade da tutela dos direitos, na forma antecipada.

Ademais, no que tange aos alimentos decorrentes da obrigação alimentar é possível vislumbrar, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, a tutela inerente aos alimentos (provisionais) ressarcitórios, prestados na forma específica ou pelo equivalente, a serem efetivados, caso seja necessário, na forma antecipada.⁹

3. ALIMENTOS (PROVISÓRIOS) PREVENTIVOS: MANDAMENTAIS (INIBITÓRIOS) E EXECUTIVOS

Em princípio, cumpre analisar o momento a partir do qual decorre a obrigação de sustento, pois este aspecto materializa outra peculiaridade desta espécie em confronto com outras obrigações.

Na verdade, o dever de sustento, muito embora o vínculo de parentesco (nascimento) já esteja estabelecido e, diante da omissão do genitor, a obrigação legal violada, materializando a prática do ato ilícito, é a partir do dia da ciência da pretensão deduzida em juízo que as prestações alimentares serão exigidas pelo filho.

Como se sabe, “la obligación de alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.”¹⁰

Destarte, em nosso ordenamento, o artigo 13, § 2º da Lei n.º 5.478/68 consagra que os alimentos fixados retroagem à data da citação. Trata-se do princípio *in praeteritum non vivitur* que significa, sobretudo, que a prestação alimentar, dado o fim a que se destina, deve ser cumprida súbita e tempestivamente. Isto porque a pessoa que tinha o direito a pedir alimentos e não os reclamou, não deixou por isso de viver e não se torna, pois, necessário sustentá-la pelo tempo que já decorreu, mas sim para o futuro.¹¹

9 Devido à delimitação do tema, a referência está sendo efetivada apenas com o intuito de demonstrar, nitidamente, a independência entre o ilícito e o dano, bem como, os reflexos da distinção entre dever e obrigação, no que tange à tutela alimentar. Neste aspecto, vide OLIVEIRA, Flávio Luís de. A jurisdição na perspectiva da dignidade da pessoa humana. *Revista Nacional de Direito*, Ribeirão Preto, v. 53, p. 11-18.

10 COLIN, Ambrósio; CAPITANT, H. *Curso elemental de derecho civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952. p. 801.

11 Una delle questioni più discusse e più delicate in materia di obbligazione alimentare *ex lege*, sotto l'impero del codice del 1865, era quella che rifletteva il momento di decorrenza dell'obbligo della prestazione fra congiunti. Essa è stata risolta dal nuovo codice che, all' art. 439, ha disposto che, gli alimenti son dovuti dal giorno della domanda giudiziale o dal giorno della costituzione in mora dell'obbligato, quando questa costituzione sia dentro sei mesi seguita dalla domanda giudiziale, in

A justificativa não reside numa presumida renúncia do alimentando, ou numa presumida ausência da necessidade, mas sim no fundo prático a que o instituto se destina: assegurar a existência de uma pessoa, fim este que naturalmente respeita ao futuro e não ao passado.¹²

Sendo assim, antes de tudo, é forçoso reconhecer uma proteção eficiente à preservação dos direitos da personalidade, sendo certo que tal desiderato somente será alcançado sob a forma da tutela preventiva.¹³

Com efeito, não cabe restringir a tutela da pessoa à reparação do dano.¹⁴ Importa dizer, não é possível tutelar negativamente o ser humano. Ao contrário, a atualidade demonstra a necessidade de proteger a pessoa em um sentido positivo, contribuindo para o pleno e livre desenvolvimento de sua personalidade. Esta tutela positiva se apresenta, prioritariamente, de ordem preventiva.

omaggio all'antico principio '*in praeteritum non vivitur*', il quale vuol dire che, poichè, pel tempo anteriore, l'alimentando ha vissuto ciò significa che egli há potuto sostenersi senza il concorso dell'obligato. Gli alimenti mirano ad assicurare l'esistenza di una persona, e ciò riguarda il futuro non il passato. Dato lo scopo, si può dire che il debito giorno per giorno si estingue e rinasce, si estingue per il passato e rinasce per el futuro." (DEGNI, Francesco. *Il diritto di famiglia nel nuovo código civile italiano*. Padova: Cedam. 1943, p. 495). Por esta razão "en todo caso el acreedor de alimentos debe guardarse cuidadosamente de una negligencia prolongada, porque una jurisprudencia constante, aunque sin fundarse en ningún texto, le prohíbe pedir después el pago de los atrasos de us pensión, anteriormente vencidos y que hubiera descuidado reclamar a su debido tiempo: 'los alimentos no se retrasan'; es ésta una regla de derecho consuetudinario, a base de presunción: se considera que el retraso constituye prueba de que el acreedor no se encontraba en la necesidad y podía prescindir de una ayuda de que no se há servido." (JOSSELAND, Louis. *Derecho Civil*. Buenos Aires: Bosch Y Cia., 1952, p. 321). Com efeito, "tem-se por razoável que não se reconheçam devidos os alimentos para um tempo em que o alimentando não os solicitara ao parente obrigado e com possibilidade de atendê-lo. Aqui se fazem sentir as necessidades gerais de certeza e segurança, pois o obrigado precisa saber ao certo o momento em que deve alimentos para se colocar numa situação de poder realizar a prestação." (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ; Francisco José Ferreira. *Direito de Família*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1990, p. 51).

12 Logo, para a adequada tutela dos alimentos decorrentes do dever sustento, não há que se falar em uma técnica voltada ao passado, inerente à sentença condenatória, mas em uma tutela capaz de prevenir o ilícito ou a sua repetição. Com efeito, diante do princípio *in praeteritum non vivitur*, materializaria um enorme contra-senso negar a utilização da tutela inibitória, sobretudo na forma antecipada, aos alimentos decorrentes da autoridade parental.

13 "O funcionamento do mecanismo processual corresponderá ao que dele se espera na medida em que concorra de forma efetiva para evitar a lesão, ou quando menos para impedir que continue a produzir-se. As providências jurisdicionais de índole puramente repressiva ou sancionatória têm nesse campo valor reduzido, se é que algum têm. Ora, o repertório legal das medidas preventivas, no Brasil e alhures, é sabidamente insatisfatório; e, por paradoxal que possa afigurar-se, a sua pobreza agrava-se justamente no domínio onde mais aguda se faz a necessidade prática da tutela: para proteger a posse e a propriedade ainda se dispõe de remédios prestados, mas a farmacopéia jurídica chega em geral às raíais da penúria no que concerne às relações não patrimoniais – precisamente numa área de problemas cuja solução, sem tais remédios, oscila entre os níveis da precariedade e da mistificação." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Processo civil e direito à preservação da intimidade*. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 05).

14 Reitere-se que esta restrição derivou, dentre vários fatores, da equiparação, no que concerne à responsabilidade civil, entre ilícito e dano. Note-se, contudo, que a tutela inerente ao dever de sustento não leva em consideração o dano, daí ser incoerente a utilização da tutela ressarcitória.

Assim, os modelos tradicionais de proteção da pessoa fracassam, porque não levam em consideração a necessidade de prevenir que se produzam atentados contra o ser humano em um futuro imediato.

Logo, com o propósito de se antecipar às prováveis agressões que se pode cometer contra a pessoa, é que se inclui, nos mais recentes ordenamentos jurídicos, tutelas de caráter preventivo. Nesta linha, a tutela inibitória visa a evitar a consumação de um ilícito, ou em caso de já ter ocorrido o ilícito, obter sua imediata cessação.

Note-se, portanto, que tal ação, que não tem natureza repressiva, mas preventiva, brinda a pessoa com relativa segurança jurídica. “En este orden de ideas, se hace evidente la supremacía de las perspectivas preventivas respecto aquéllas represivas en lo que concierne a la protección de la persona.”¹⁵

Entretanto, como dito, para a efetividade da tutela jurisdicional é imprescindível a predisposição de técnicas de coerção e sub-rogação de modo a interferir no resultado que o processo pode proporcionar no plano do direito material.¹⁶

Nesta linha, importante frisar que

*o dever de alimentar pode ser cumprido com o facere, e não apenas com o dare, ou, pelo menos, em forma combinada (facere e dare). A execução em dinheiro é a mais vulgar; porém nada impede que, convindo o alimentante, salvo se razões militam para que se exclua a prestação in concreto, se prestem alimentos em hospedagem e sustento.*¹⁷

Tecnicamente, assim,

a obrigação de sustento se define como uma obrigação de fazer; enquanto a obrigação alimentar consubstancia uma obrigação de dar. Apenas quando se verifica a impossibilidade de coabitação dos genitores, mantido o menor na companhia de um deles, ou de terceiros, é que a execução da obrigação de sustento (obrigação de fazer) se resolve na prestação do equivalente (obrigação de dar); e passa a representar assim uma forma suplemen-

15 SESSAREGO, Carlos Fernández. Protección a la persona humana. In: Daño y protección a la persona humana. Buenos Aires: La Rocca, 1993, p. 21-80.

16 “Como a ordem, para ser efetiva, depende de multa, isto é, como a multa objetiva convencer o demandado a observar a ordem de fazer ou de não-fazer contida na sentença ou na tutela antecipatória, é imprescindível a análise da multa como meio de imposição da tutela inibitória.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos tribunais. 2000, p. 63).

17 MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo 9. Rio de Janeiro: Borsói, 1971. p. 241.

*tar colocada à disposição do filho para a obtenção dos meios de subsistência e educação.*¹⁸

Destarte, se o artigo 644 do Código de Processo Civil sempre permitiu a incidência de multa cominatória nas obrigações de fazer e, se o dever de sustento pode ser prestado através de um fazer, é inegável que sempre houve fundamento para a incidência de multa, nítida técnica coercitiva, no que tange aos alimentos decorrentes da autoridade parental.

Por esta razão, há muito, Alcides de Mendonça Lima, ao tecer comentários ao artigo em testilha, sustentou que, “enquanto não faz, nas obrigações de fazer; ou enquanto faz, nas obrigações de não fazer, o devedor poderá ficar sujeito ao pagamento de pena por dia de atraso.”¹⁹

Entretanto, paradoxalmente, a doutrina apenas visualiza a prisão como meio coercitivo para o cumprimento do dever de sustento, sendo certo que a coerção física, de longe, é muito mais rígida e comprometedora do que a coerção patrimonial. Logo, nas hipóteses em que o devedor possua patrimônio, a cominação da possibilidade de prisão, visando cessar a repetição do ilícito, por força do disposto no artigo 733, § 1º do Código de Processo Civil, infringiria o artigo 620 do mesmo diploma legal.

Assim,

conforme al art. 666 bis del Cód. Civil, si el alimentante no cumple com el pago de las cuotas fijadas en la sentencia, el juez, a pedido do alimentando, puede imponer sanciones conminatorias o astreintes, cuyo propósito es compeler a esse cumplimiento. Las astreintes pueden ser reducidas o dejadas sin efecto si cesa la resistencia del alimentante al pago de los alimentos, ya que ellas no constituyen una pena civil, ni una indemnización de daños y perjuicios, sino un medio de presión de la voluntad

18 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: Revista dos tribunais. 1994, p. 406. Sendo assim, a guarda compartilhada, como meio de manter (ou criar) os estreitos laços afetivos entre pais e filhos, estimula o genitor não-guardião ao cumprimento do dever de sustento *in natura*, consistente numa nítida obrigação de fazer. (Cf. GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada*: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 110).

19 LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 778. Logo, sob esta ótica, a cominação de multa não se limitava apenas às hipóteses de execução fundada em título, pois levava em consideração a natureza da obrigação (de fazer ou não fazer). Atualmente, a redação do artigo 461 do Código de Processo Civil demonstra o acerto daquela tese. Por outro lado, tratando-se de alimentos provisórios, portanto, decorrentes do dever de sustento, o artigo 27 da Lei n.º 5.478/68 sempre permitiu a aplicação supletiva das disposições do Código de Processo Civil, de forma que sempre foi possível a cominação de multa visando o cumprimento da obrigação de sustento.

*del destinatario de un mandato judicial a fin de vencer su resistencia o contumacia al cumplimiento de lo debido u ordenado. Verificada la finalidad perseguida, desaparece la causa que las motivó y no procede su mantenimiento ni su reajuste.*²⁰

Poder-se-ia objetar que a norma em comento, inerente ao direito argentino, permite a fixação da multa somente na sentença, limitando-se, portanto, na maioria das vezes, às hipóteses de ilícito já praticado. Entretanto, em virtude da redação dos artigos 287, 461 e 461-A, do Código de Processo Civil brasileiro, as ações de obrigação de fazer e não fazer e de dar coisa certa e incerta podem ser implementadas com a cominação de multa diária, via cognição sumária, independentemente de requerimento da parte, não havendo dúvida, portanto, da possibilidade de aplicação da coerção patrimonial, inclusive, na forma preventiva.²¹

Assim, a fixação das *astreintes*²² ficará ao prudente critério do juiz que, dentre outros aspectos, levará em conta um reiterado descumprimento do dever de sustento pelo alimentante, a justificar a incidência da multa em proporção que possa evitar a prática, a continuação ou repetição do ilícito.

Logo, diante das peculiaridades dos alimentos decorrentes do dever de sustento, é plausível que se tema o inadimplemento, principalmente na forma continuada, justificando, assim, a utilização de outra forma de coerção judicial, consistente na imposição de multa diária para a hipótese de descumprimento da obrigação, sem, entretanto, alterar a natureza da tutela.²³

20 BOSSERT, Gustavo A. *Régimen jurídico de los alimentos*. Buenos Aires: Astrea. 1999, p. 526. Neste sentido, ZAVALÍA, Fernando López de. La tutela de las obligaciones de hacer, y de no hacer en el derecho argentino. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 5, p. 422-444, maio/ago. 1997; MADOZZO, Luis Ramon. Derecho procesal civil: medidas conminatorias. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 1, p. 154-160, jan./abr. 1996.

21 Note-se, contudo, que, “como importa saber os resultados que estão sendo produzidos no plano do direito material, até para que se possa indagar se o processo está correspondendo àquilo que dele se espera, a ‘tutela liminar’ que pode ser postulada em uma ação inibitória ou em uma ação de remoção do ilícito, com fundamento nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, deve ser classificada como tutela inibitória antecipada ou tutela de remoção do ilícito antecipada, e não como tutela cautelar.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos tribunais. 2000, p. 58).

22 “As *astreintes* correspondem a uma coação de caráter econômico, no sentido de influir no ânimo do devedor, psicologicamente, para que cumpra a prestação de que se está esquivando. É combinação de tempo e de dinheiro. Quanto mais o devedor retardar a solvência da obrigação, mais pagará como pena. Daí o conceito de Liebman: ‘chama-se *astreinte* a condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso (ou qualquer unidade de tempo, conforme as circunstâncias), destinada a obter do devedor o cumprimento da obrigação de fazer pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente. A medida é cominatória, e não expiatoria. Sua finalidade é de fazer o devedor cumprir a obrigação.” (LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 1974, p. 775).

23 A coerção patrimonial não ostenta finalidade ressarcitória; ao contrário, visa desestimular o obrigado a descumprir a obrigação. De fato, as *astreintes* não visam obrigar o réu a pagar o valor que elas exprimem, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. Nesta

Nesta linha, poder-se-ia argumentar que o alimentante que, porventura não tenha condições de cumprir a obrigação, por maior razão, não terá condições de cumprir a obrigação acrescida da cominação diária.

Este argumento padece de um grave equívoco, pois não consegue vislumbrar que a outra forma de coerção, consistente na prisão do obrigado, por razões lógicas, não satisfaz a pretensão do autor.

Ademais, ainda que se concretize a prisão do alimentante, esta forma de coerção, além de não evitar a repetição do ilícito, não é apta, por si só, a removê-lo, como se depreende, inclusive, do disposto no artigo 733, § 2º do Código de Processo Civil. Logo, se é certo que a prolação da ordem, fundada exclusivamente na cominação de multa diária, visando a remover, ou inibir a repetição de ilícitos, também não é apta, por si só, a removê-los ou evitá-los, não menos certo que, nas hipóteses em que o alimentante tenha condições de cumprir a obrigação de sustento, seria eficaz para evitar que o adimplemento se verificasse somente na iminência da prisão civil, fato não raro na prática forense.

Além disso, se é certo que a coerção patrimonial não garante ao alimentando que o seu direito não será novamente violado, o mesmo pode se dizer em relação à ordem para o cumprimento da obrigação, sob pena de prisão. Outrossim, as *astreintes*, além de substituírem a ordem de prisão, que muitas vezes se revela inoperante, evitam ensejar um ambiente de violência física, embora amparada em lei.²⁴

Portanto, é perfeitamente possível a concessão da tutela inibitória visando impedir a prática do ilícito consistente no inadimplemento do dever de sustento, ou a sua repetição, caracterizando, assim, os alimentos (provisórios) preventivos mandamentais (inibitórios) que, diante da peculiaridade do caso concreto, deverá ser concedido na forma antecipada.

Ademais, em seara dos alimentos decorrentes do dever de sustento, a tutela inibitória em face de ilícito de eficácia continuada pode persuadir o réu a cessar ou mesmo remover o ilícito e, neste sentido, pode conduzir a um resultado idêntico àquele que pode ser proporcionado pela tutela reintegratória.²⁵

linha, “o valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. (...) Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação na forma específica.” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 673).

24 Não se pretende, com isto, negar a aplicação da coerção física, tampouco relegar o ‘discutível’ roteiro estabelecido nos artigos 16, 17 e 18 da Lei n.º 5.478/68, mas, sobretudo, diante da utilização fungível das técnicas inerentes à execução direta e indireta, difundir o emprego da coerção patrimonial no âmbito da tutela alimentar, especialmente no que concerne aos alimentos decorrentes do dever de sustento.

25 “Como diz Genaro Carrió, ‘los juristas (no todos) se dan cuenta (no sempre) de estas cosas. Cuando no los obsesiona el afán de alcanzar una inalcanzable seguridad, o el deseo de presentar, com fines didácticos, un cuadro de perfiles nítidos, libre de zonas grises, reconocen que ‘las categorías jurídicas no presuponen identidad com las categorías y conceptos de otras ciencias, sino que se inspiran más bien en los conceptos vulgares’ (Rotondi, *Istituzioni di Diritto Privato*,

Por esta razão, é freqüente a necessidade de cumulação de pedido reintegratório com pedido preventivo, inclusive, no âmbito dos alimentos decorrentes do dever de sustento.

Pense-se, por exemplo, na hipótese de não cumprimento da obrigação de sustento. Indubitavelmente, tal fato constituiria um ato ilícito e, como se sabe, o alimentário poderá pleitear que o julgador determine o recebimento de alugueres e outras rendas do devedor, nos termos do artigo 17 da Lei n.º 5.478/68, cominando, para a hipótese de continuação do ilícito, a incidência de multa, medida inerente aos meios coercitivos. Assim, determinará a remoção do ilícito independentemente da vontade do réu, bem como desestimulará o obrigado a descumprir o dever de sustento.

Por outro lado, o magistrado pode determinar o pagamento dos alimentos vencidos, sob pena de prisão, cominando, para a hipótese de continuação do ilícito, a incidência de multa, ou ainda, ordenar o pagamento dos alimentos vencidos sob pena de multa diária, cominando também, para a hipótese de continuação do ilícito, a incidência das *astreintes*.

Estes exemplos, além de ratificarem a fungibilidade das técnicas processuais que, aliadas à cognição sumária do julgador, permitirão, sempre que possível, a tutela específica do dever de sustento, comprovam, sobretudo, que a tutela reintegratória, assim como a tutela preventiva, pode se valer das técnicas mandamentais e executivas.

Outrossim, no que tange aos alimentos (provisórios) preventivos executivos, cujos meios de execução independem da vontade do alimentante, nada impede a utilização, diante da probabilidade do não cumprimento da obrigação de sustento, da tutela preventiva executiva que, em virtude do justificado receio de ineficácia do provimento final, poderá ser concedida na forma antecipada, visando a evitar a prática, a continuação ou repetição do ilícito.

Pense-se, por exemplo, nas hipóteses em que o genitor, trabalhador autônomo, de forma intermitente, reitera a prática de ilícito consistente no inadimplemento do dever de sustento. Caso venha a obter emprego, com renda fixa, em localidade diversa, será possível, em face da probabilidade da reiteração da prática do ilícito, a concessão de tutela preventiva executiva consistente no desconto em folha de pagamento que, diante do receio de ineficácia do provimento final, será concedida na forma antecipada. Tal provimento seria inerente aos alimentos (provisórios) preventivos executivos antecipados, ou seja, uma das formas de tutela específica do dever de sustento.

p. 412), y admiten que por fuerza 'tenemos que tropezar con la imprecisión o relatividad de los conceptos jurídicos', pues existen numerosas zonas de transición, en las que el jurista debe estar alerta para no caer en una peligrosa geometría jurídica" (CARRIÓ, Genaro R. apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: Revista dos tribunais. 1998, p. 425-426).

Perceba-se que, nas hipóteses em que o genitor esteja cumprindo a obrigação de sustento, este fato, em razão da probabilidade da prática do ilícito, aferida em virtude de vários inadimplementos anteriores, não impedirá a concessão da tutela preventiva (mandamental ou executiva), inclusive na forma antecipada.

Sin embargo, dado que se trata de prestaciones sucesivas que tienen la misma causa, teniendo en cuenta que resulta imprescindible asegurar la cobertura de las necesidades del alimentado, por el carácter asistencial de la cuota, la jurisprudencia prevaliente coincide en hacer lugar al pedido de embargo para garantizar el cumplimiento de alimentos futuros cuando particulares circunstancias permiten inferir que no habrá un cumplimiento voluntario, aunque señalándose el carácter excepcional con que debe adoptarse la medida, ya que se trata de obligaciones aún no vencidas.

Procede, entonces la medida para garantizar los alimentos futuros cuando reiterados incumplimientos anteriores del demandado permiten suponer que hay riesgo de que incurran en nuevos incumplimientos, creando así una grave situación al alimentado, también cuando es posible inferir la intención del deudor insolventarse mediante la enajenación o el ocultamiento de sus bienes, para tornar imposible el cumplimiento forzado de su obligación en el futuro; también cuando se prueba su intención de abandonar el país.

En tales casos, se configura el peligro en la demora que significaría aguardar al vencimiento de cada cuota futura para adoptar medidas tendientes al cobro; encuan to a la verosimilitud del derecho resulta incuestionable ya que el crédito surge de la cuota fijada en la sentencia o el convenio homologado.²⁶

É certo, outrossim, que estas hipóteses dependem do arcabouço probatório, a emergir no contexto da demanda. Todavia, tais fatores não podem constituir obstáculo para a admissão da tutela, pelo menos como possibilidade de prevenção do ilícito.

Com efeito,

la naturaleza de la función del juez no es reparar el daño, si puede evitarlo, porque lo contrario reduce la función de los jue-

26 BOSSERT, Gustavo A. Régimen jurídico de los alimentos. Buenos Aires: Astrea. 1999, p. 521-522.

*ces y puede llegar a transformarlos en espectadores privilegiados de la consumación del perjuicio injusto, máxime en la esfera de los derechos personalísimos, donde se ha hecho carne la evidencia de que la reparación pecuniaria es siempre insuficiente y donde está en juego el derecho de ser dejado a solas, calificado como el más amplio de los derechos y el derecho más valioso para los hombres civilizados.*²⁷

Como é óbvio, a tutela dos direitos inerentes à vida parte da premissa da não ocorrência do ilícito, pois, se assim não fosse, para ter direito à tutela do direito, este direito teria que estar violado; logo, a tutela atuária de forma negativa, o que não se coaduna com os direitos da personalidade, de cunho estritamente não patrimonial.

De fato, nos exatos termos do artigo 12 do Código Civil, “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em Lei”.

Sendo assim, como a tutela inerente ao dever de sustento caracteriza uma prestação de fazer ou de dar inerente aos direitos da personalidade, o sistema processual, rompendo a ‘camisa de força’,²⁸ deverá instrumentalizar, através de técnicas adequadas às peculiaridades do direito material, de maneira eficaz, a tutela alimentar, racionalizando, assim, a tarefa do judiciário.

4. ALIMENTOS (PROVISÓRIOS) REINTEGRATÓRIOS: MANDAMENTAIS E EXECUTIVOS

Como dito, o dever de sustento nasce da lei; é uma obrigação *ex lege*.²⁹ Logo, tratando-se de violação de um dever legal, o ilícito, independentemente

27 GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Astrea. 1999, p. 408.

28 “O princípio de que o processo deve, tanto quanto possível, satisfazer o direito como se ele estivesse sendo cumprido voluntariamente pelo devedor, a evidenciar o caráter instrumental do processo, por si só, já seria capaz de romper a *camisa de força* com que a ciência do processo se vestiu ao reduzir o fenômeno executivo exclusivamente à execução obrigacional, estruturada em esquemas rígidos e estereotipados, liberando-o para adequar-se, instrumentalmente, ao direito material que lhe cabe tornar efetivo e realizado.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, p.149).

29 Perceba-se que, “si el título de una obligación es la ley, las reglas a las que dicha está sujeta son aquellas que la misma ley señala.” (LOPEZ, Blas Piñar. *La prestación alimenticia en nuestro derecho civil*. Madrid: Reus. 1955, p. 7). “Conforme a lo expuesto, la ley, al establecer el derecho y la obligación alimentaria, fundada en los vínculos de familia, no hace sino reconocer la existencia del deber moral de solidaridad existente entre parientes y cónyuges, para convertirlo en la obligación civil de prestar alimentos. De manera que la fuente de la obligación alimentaria, fundada en los vínculos de familia, es la ley.” (BOSSERT, Gustavo A. *Régimen jurídico de los alimentos*. Buenos Aires: Astrea. 1999, p. 02).

da existência de dano, deve ser removido desde logo. Para tanto, revela-se fundamental a técnica antecipatória.³⁰

Assim, quando fixa os alimentos decorrentes do dever de sustento, o julgador não investiga a ocorrência de dano, conceito estranho à tutela dos alimentos provisórios, não havendo que se falar em tutela ressarcitória, mas numa técnica que visa a remoção do ilícito de eficácia continuada.

Na verdade, em alguns casos, será fundamental a remoção do ilícito, via cognição sumária, visando a evitar que somente a sentença viesse a determinar o cumprimento do dever legal, a partir da constituição em mora do devedor.³¹

Nestas hipóteses, será fundamental a concessão da antecipação da tutela dos alimentos decorrentes do dever de sustento, invertendo o ônus do tempo do processo, tornando, assim, efetiva a prestação da tutela.

Destarte, nos termos da Lei n.º 5.478/68, o julgador não declarará que o alimentante deve cumprir a obrigação de sustento e, por não tê-la cumprido, o condenará; ao contrário, o julgador ordenará, ao final, o pagamento de um *quantum*, cuja quantia será idêntica, ou não, àquela fixada nos termos do artigo 4º da cogitada Lei e que, por razões óbvias, comporta as técnicas mandamental e executiva, desde logo. Com efeito, “o crédito alimentar mereceu generosas atenções do legislador. Exemplo frisante deste singular tratamento desponta na predisposição de vários meios executórios.”³²

*Uma delas consiste na possibilidade de receber o demandante as quantias que lhe sejam devidas mediante desconto em folha de pagamento. Esse expediente, prático e vantajoso para o credor, porque dispensa as formalidades e percalços inerentes ao procedimento da apreensão e expropriação forçada de bens, não encontra dificuldade quando o devedor tiver a situação de funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, empregado sujeito à legislação do trabalho, ou outra equiparável, não se devendo considerar taxativa a enumeração do artigo 734, caput: o essencial é que se trate de pessoa remunerada periodicamente, de maneira constante, por trabalho ou profissão que exerça.*³³

30 “Remover o ilícito não significa apenas remover um ato concreto, de eficácia continuada, mas também eliminar uma situação de ilicitude que pode concretizar-se em uma atividade ilícita ou na não-observância de um fazer, imposto por norma legal.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, . p. 140).

31 De outra forma, a sentença serviria mais para ‘indenizar’ o requerente que para satisfazê-lo, com a probabilidade de se tornar inoperante, devido, inclusive, ao princípio *in praeteritum non vivitur* que, indubitavelmente, também se refere ao presente.

32 ASSIS, Araken. *Manual do Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 683.

33 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense. 2000, p. 260. Por outro lado, partindo-se da premissa que a situação econômica do obrigado não possibilite o desconto em folha de pagamento ou a expropriação de alugueres de prédios

Outrossim, a remoção do ilícito consistente no inadimplemento do dever de sustento também pode se verificar em virtude dos meios coercitivos (físico ou patrimonial). Neste caso, com o cumprimento da obrigação de sustento em atraso, o ilícito de eficácia continuada restaria removido.

Como se vê, quando o julgador determina o pagamento sob pena de prisão ou sob pena de multa, está, na verdade, utilizando uma técnica mandamental que visa remover ou cessar a repetição do ilícito.

Sendo assim,

la fijación de astreintes queda librada al prudente criterio del juez, quien, entre otros aspectos, tendrá en cuenta si el solicitante invoca un simple incumplimiento de un mes determinado, lo que difícilmente induzca a la fijación de sanciones, o si en cambio, señala un reiterado incumplimiento del alimentante, que tipifica una conducta, en cuyo caso las astreintes resultan justificadas.

Lo razonable es que ante un retardo o incumplimiento de pago total, a requerimiento del alimentista se intime al deudor a cumplir adecuadamente su obligación, bajo apercibimiento de astreintes; en caso de mantenerse la resistencia, se hará efectivo el apercibimiento, estableciéndose la sanción pecuniaria respecto a los períodos que se deben y respecto de los posteriores. Aun cuando se dispongan otras medidas para inducir al cumplimiento, podrán disponerse astreintes; de manera que éstas no se hallan supeditadas a la esterilidad de aquellas otras medidas.³⁴

Assim, esta ordem (mandamento) pode pressionar o réu a remover o ilícito e, neste sentido, conduzir a um resultado idêntico àquele que pode ser proporcionado pela tutela reintegratória, fundada na técnica de sub-rogação. Logo, caso o requerido venha a efetuar o pagamento dos alimentos vencidos, em relação à estes, estaremos diante de uma tutela tipicamente reintegratória, embora fundada numa técnica coercitiva.

ou de quaisquer outros rendimentos do devedor, a tutela reintegratória, em relação ao ilícito materializado nas obrigações vencidas, poderá ser efetivada através do meio expropriatório consistente na penhora, nos termos dos artigos 646 e 732 do Código de Processo Civil, bem como, do artigo 18 da Lei n.º 5.478/68.

34 BOSSERT, Gustavo A. *Régimen jurídico de los alimentos*. Buenos Aires: Astrea. 1999, p. 527-528. Assim, “l’astreinte può essere chiesta, pronunciata e liquidata anche là dove l’inadempimento o il ritardo non abbia, in effetti, arrecato nessun danno al creditore.” (CENDON, Paolo. *Le misure compulsorie a carattere pecuniario. Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli: Jovene, 1989. p. 298).

Destarte, tendo em vista o princípio da elasticidade processual, nada impede a formulação de pedido reintegratório, que utilize, dependendo das peculiaridades do caso concreto, as técnicas inerentes à coerção e sub-rogação.

Outrossim, como já foi dito, em alguns casos, a utilização da coerção patrimonial revelar-se-á mais útil às diversas situações de direito material, notadamente nas hipóteses em que se tem entendido que, em se tratando de prestações vencidas, não está presente àquela ‘função alimentar’, que justifica a utilização da medida tão grave como a prisão do devedor.

Por outro lado, na hipótese em que o obrigado, em virtude da cominação dos meios de coerção, passe a cumprir o dever de sustento a partir da intimação da ordem, o ilícito, referente aos alimentos vencidos, não estará removido.³⁵

Portanto, em suma, no âmbito da tutela dos alimentos provisórios, não há como olvidar a possibilidade da cumulação de pedido reintegratório, confortado pelos meios de coerção ou pelos meios de sub-rogação, com pedido inibitório, sendo este implementado pela cominação de multa, visando impedir a continuação ou repetição do ilícito.³⁶

Deixe-se claro, contudo, que isto não significa dizer que não haja tutela ressarcitória que veicule o direito à alimentos ou que a tutela alimentar sempre se caracterize como uma tutela que visa prevenir ou remover o ilícito.

É evidente, porém, que a tutela específica do dever de sustento sempre se caracterizará como uma tutela preventiva mandamental (inibitória) ou executiva, ou ainda, reintegratória mandamental ou executiva, prestadas isoladamente ou, havendo compatibilidade, em conjunto. Este âmbito esgota os alimentos provisórios.

Note-se, outrossim, que a tutela que veicula os alimentos indenizativos, decorrentes de fato danoso, ostenta natureza ressarcitória, cuja efetividade pode ser assegurada, inclusive, pelo arresto, que, por razões óbvias, não terá caráter preventivo na perspectiva do direito material, ostentando, apenas, o caráter preventivo sob a ótica processual. Todavia, os alimentos provisionais não se esgotam nesta hipótese.³⁷

35 Nesta hipótese, dependendo do período em atraso, segundo a jurisprudência dominante, não será possível a aplicação da prisão, o que evidencia, outrossim, a utilidade da coerção patrimonial, sem afastar, todavia, a possibilidade da utilização dos meios de sub-rogação, como, por exemplo, o meio expropriatório.

36 “Esse entendimento é reforçado pela orientação consagrada na recente reforma do Código de Processo Civil, uma vez que ao juiz foram conferidos poderes para determinar as medidas executivas – quer sub-rogatórias, quer coercitivas – mais adequadas ao caso concreto. Assim, foi assinalada a tendência em ampliar ao máximo, observados apenas os limites impostos pela situação concreta, os instrumentos à disposição do juiz para garantir a efetiva prestação da tutela específica.” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos tribunais. 1998, p. 231).

37 Basta pensar, por exemplo, nos alimentos provisionais concedidos em virtude da relação de parentesco na linha reta, excluída a hipótese de dever de sustento (alimentos provisórios), ou na linha colateral, bem como, nos casos inerentes à sociedade conjugal, ou ainda, relativos à união estável. “Contudo, no plano jurídico, isto não significa que os alimentos ‘provisionais’

Nesta linha, embora possa traduzir uma insurgência em relação ao tema, estas peculiaridades, especialmente sob a óptica da independência do ilícito e do dano e da distinção entre dever e obrigação, justificam a análise, ainda que perfunctória, dos alimentos provisionais ressarcitórios.

5. A TUTELA ALIMENTAR RESSARCITÓRIA (OBRIGAÇÃO ALIMENTAR) DIANTE DA TUTELA ALIMENTAR PREVENTIVA E REINTEGRATÓRIA (DEVER DE SUSTENTO): REFLEXO DA DISTINÇÃO ENTRE ILÍCITO E DANO

Reafirme-se, em princípio, que a tutela ressarcitória leva em consideração a ocorrência de dano, exigindo, em regra, o elemento subjetivo, isto é, a culpa ou o dolo.

Entretanto, como já foi dito, a obrigação de indenizar pode surgir sem qualquer ilicitude do ato. Destarte, se é mais freqüente a indenização dos danos causados por atos ilícitos, devido à distinção entre ilícito e dano, é perfeitamente possível que a indenização resulte de um ato sem qualquer ilicitude.³⁸

Sendo assim, diante de danos oriundos da prática de atos lícitos, como não é possível a prevenção ou remoção de tais atos (lícitos), a única tutela concebível, nestas hipóteses, é a tutela ressarcitória.

Com efeito, por força do artigo 947 do Código Civil brasileiro, quando se trate de obrigação de reparar o dano, derivados de atos ilícitos ou atos lícitos, a pretensão à restauração ao *status quo ante*, deve, na medida do possível, se dar *in natura* e, somente quando isso seja impossível, é que, em lugar disso, se há de exigir a indenização em dinheiro.

Destarte,

*a indenização em natura tende à eliminação dos danos concretos ou reais. Por ela, procura-se restabelecer o estado de fato que existia ao tempo da infração. A indenização em pecúnia presta o valor do que se perdeu ou do dano causado. Ambas tem por finalidade recompor, ainda que somente pelo valor, o que era.*³⁹

não sejam provisórios, pois podem ser revogados a qualquer tempo. Por outro lado, os alimentos 'provisórios' materializam a provisão (no sentido de prover) do requerente, devido à natureza eminentemente satisfativa. (...) Daí resulta a impropriedade do termo 'alimentos definitivos.'" (OLIVEIRA, Flávio Luís de. *A antecipação da tutela dos alimentos provisórios e provisionais*. São Paulo: Malheiros. 1999, p. 50). Com efeito, a identidade estrutural e funcional dificulta a sistematização do tema, perfeitamente possível, contudo, diante da diversidade procedimental, compreensível à luz do âmbito de incidência.

38 Basta pensar, por exemplo, nos artigos 929 e 930 do Código Civil. "Quando o sistema jurídico atribui a alguém, por ato lícito, o dever de reparar o dano causado, é o princípio da incolumidade da pessoa e dos bens que está à base das regras jurídicas."

39 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo 9. Rio de Janeiro: Editora Borsó. 1971, p. 26.

Frise-se, contudo, que na hipótese dos alimentos previstos no artigo 948, inciso II, do Código Civil, o direito tutelado ostenta natureza extrapatrimonial e, portanto, não pode ser um reflexo da equivalência entre os respectivos instrumentos. Importa dizer, se é certo que é possível, embora não seja a forma ideal, tutelar um direito de conteúdo não patrimonial através do equivalente pecuniário, não menos certo é o fato de que a tutela prestada em pecúnia não é apta, por si só, a justificar a natureza patrimonial do direito tutelado.⁴⁰

Indubitavelmente,

*el valor de la vida humana no resulta apreciable com criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores, materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia. No se trata, pues, de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos com el trabajo. Resulta incuestionable que en tales aspectos no se agota la significación de la vida de las personas, pues las manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica integran también aquel valor vital de los hombres.*⁴¹

Com efeito,

*casos há em que o sistema jurídico cria pretensão à indenização, por parte de terceiro. O terceiro que sofre o dano pode, segundo as circunstâncias, ser legitimado à indenização. Assim, se morre A, que estava obrigado a alimentar B, ou B e C, quer por força de lei, quer em virtude de negócio jurídico, o ofensor, por ato ilícito ou, conforme a espécie, por ato lícito, tem de prestar a B, ou a B e C, os alimentos que A teria de prestar, se vivo fôsse.*⁴²

40 Destarte, a indenização em dinheiro, não há de confundir-se com a prestação prometida em dinheiro.”

41 GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Astrea. 1999, p. 414.

42 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo 9. Rio de Janeiro: Editora Borsói. 1971, p. 38.

Nesta linha, Zannoni adverte que

*si el daño es indirecto, es decir, perjuicio patrimonial que acaece como consecuencia de la lesión o menoscabo de un interés extrapatrimonial de la víctima, la reposición no puede interesar el bien jurídico personal afectado, pues sólo es posible, a lo sumo, indemnizar las consecuencias patrimoniales (daño emergente o lucro cesante) que el menoscabo o pérdida de esse interés extrapatrimonial provoca. Veamos algunos ejemplos. El homicidio hace nacer la obligación de indemnizar a los damnificados indirectos (cónyuge supérstite e hijos menores – art. 1084, Cód. Civil, u otros damnificados) lo necesario para su subsistencia, u otros lucros del muerto, en función de la pérdida de la vida que allegaba esos recursos económicos a tales damnificados, No hay reparación in natura posible, pues ello equivaldría a resucitar al muerto.*⁴³

Entretanto, diante destas peculiaridades e, principalmente, da finalidade da prestação alimentar, não se revela adequado sujeitar a pretensão aos entraves do procedimento ordinário, materializados, sobretudo, no binômio condenação-execução.

Logo, tratando-se de alimentos provisionais ressarcitórios, a hipótese se amolda às tutelas específicas da obrigação alimentar. Advirta-se, porém, que não se trata de almejar a restituição ao estado anterior no que tange à vítima, fato indubitavelmente impossível, mas tão somente o cumprimento da obrigação alimentar que, comumente, será prestada em pecúnia.⁴⁴

Outrossim, diante das peculiaridades do caso concreto, nada impede que a obrigação seja prestada através de um fazer, ou ainda, conjugando o fazer e o dar. Portanto, de qualquer forma, a hipótese está perfeitamente ajustada às prescrições dos artigos 461 e 461-A, do Código de Processo Civil, permitindo, assim, a utilização das técnicas de coerção e sub-rogação, a fim de tornar efetiva a tutela do direito alimentar, inclusive, na forma antecipada.

43 ZANNONI. Eduardo A. *El dano en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea. 1993, p. 224.

44 “Com efeito, consistindo a prestação alimentícia em uma obrigação de dar quantia certa em dinheiro, a sua tutela executiva deveria ser prestada, em princípio, através da execução por quantia certa. No entanto, a peculiaridade dos créditos alimentares justifica, e até mesmo impõe ao legislador, a utilização de meios executivos diferenciados (...). Nessa perspectiva, é oportuno sublinhar, desde logo, que a regra do art. 732, mandando que a execução das prestações alimentícias se faça segundo o procedimento da execução por quantia certa, não deve ser entendida literalmente. Na verdade, numa interpretação sistemática, tal dispositivo é de ser compreendido como a determinação (óbvia) do legislador, no sentido de que, se infrutíferos os meios executivos específicos para satisfazer as prestações alimentícias, sejam aplicadas as regras da execução por quantia certa.” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, p. 215).

6. CONCLUSÕES

Portanto, a conjugação das técnicas mandamental e executiva, além de demonstrar a insuficiência da classificação trinária (tradicional) das ações, revela, sobretudo, a racionalização do custo-benefício do processo no plano temporal, o que contribui para a efetividade da tutela jurisdicional.

Assim, os mecanismos de coerção e sub-rogação dispostos no ordenamento jurídico, aplicáveis à luz do princípio da proporcionalidade, demonstram a prioridade e a importância da tutela específica, ressaltando o corolário da ‘elasticidade processual’.

Dentre estes procedimentos, construídos à luz das diversas situações de direito material, implementadas pelos diferentes graus de cognição do julgador, frisante particularidade depreende-se do dever de sustento.

Destarte, embora se trate de um direito vinculado à personalidade, materializado em um dos meios de se usufruir o direito à vida, de caráter nitidamente não patrimonial, o dever de sustento, calcado na autoridade parental, além de justificar a restrição à liberdade do alimentante, comporta a utilização dos meios de sub-rogação e coerção.

Por esta razão, a obrigação de sustento se qualifica por uma infungibilidade meramente jurídica que não se confunde com o caráter alternativo da prestação, consistente no *fazer* ou *dar*, ou ambos, a ensejar o poder-dever do julgador no que concerne à utilização fungível das técnicas processuais, de maneira a tutelar adequadamente o direito material.

Outrossim, diante da violação do dever de sustento, não há que se falar em uma tutela voltada ao dano, pois as suas peculiaridades não condizem com o paliativo sistema de conversão em perdas e danos.

Assim, sob esta óptica, é possível afirmar que a predisposição de técnicas mandamentais e executivas à tutela alimentar, já demonstrava, há muito, a incoerência da equiparação entre o ilícito e o dano para efeito de reparação civil, pois, muito embora a prática do ilícito, o ordenamento jurídico, nesta hipótese, não se contenta com a conversão em perdas e danos.

É inoldável que o procedimento contemplado pela Lei de Alimentos sempre denotou a especificidade dos ‘alimentos provisórios’ em relação aos ‘alimentos provisionais’. Assim, como se vislumbra, ainda que num olhar rápido, ou – para ser mais preciso – via cognição sumária, as peculiaridades do ‘dever’ quando comparado com a ‘obrigação’, em todas as suas modalidades. Poderíamos experimentar a mesma sensação quando pronunciássemos: ‘tenho’ (alimentos provisórios) ou ‘peço’ (alimentos provisionais).

Entretanto, como a tutela alimentar não está catalogada dentre os ‘procedimentos especiais’, era preciso justificar este poder ‘interditado’ de forma a manter íntegra a classificação trinária das ações. Sendo assim, o legislador, além das

prescrições contidas na Lei n.º 5.478/68, entendeu ‘seguro’ permitir, expressamente, como se depreende do artigo 733 do Código de Processo Civil, a execução de ‘decisão’ que fixa alimentos.

Assim, a tutela inerente ao dever de sustento, importa dizer, de um direito da personalidade, por caracterizar uma prestação de fazer, ou de dar, meramente infungível, admite, em busca de uma solução no interesse do beneficiário, a teor do disposto no artigo 4º da Lei n.º 8.069/90, a utilização das técnicas mandamental e executiva, com a predisposição dos meios de coerção e sub-rogação, de modo a permitir a satisfação do direito a alimentos, inclusive, de forma antecipada.

Como se vê, é inegável que os artigos 461 e 461-A, do Código de Processo Civil, permite-nos reconhecer, no âmbito do dever de sustento, uma tutela específica, a qual podemos designar de ‘tutela específica do dever de sustento’, um verdadeiro ‘interdito alimentar’, caracterizado não apenas pela cognição sumária e pelo juízo de verossimilhança, mas, sobretudo, pela ‘internalização’ das eficácias executiva e mandamental, de modo a superar a rigidez do processo de conhecimento e a ser proclamado com a mesma facilidade com que se proclama os ‘interditos possessórios’, embora como maior ênfase, devido ao seu conteúdo não patrimonial.

Assim, poderíamos nos referir à tutela específica do dever de sustento, inerentes aos alimentos provisórios, como uma tutela preventiva (mandamental (inibitória) ou executiva) ou reintegratória (mandamental ou executiva), prestadas isoladamente ou, havendo necessidade, em conjunto, principalmente via cognição sumária.

Nesta linha, revela-se perfeitamente possível, na ação que tenha por objeto o fazer ou a entrega de coisa, a concessão da tutela específica, aplicando-se as disposições previstas nos artigos 287, 461 e 461-A do Código de Processo Civil, inclusive no que tange à imposição de multa diária ou a adoção das medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente.

Isto demonstra, indubitavelmente, que a ciência processual tem procurado preordenar os mecanismos necessários à efetividade da tutela jurisdicional específica, fundamento da instrumentalidade do processo.

Portanto, cabe aos operadores do direito, através de imprescindível “reforma ideológica”, contribuir para que os entraves à efetividade do processo sejam enfrentados e, sobretudo, superados.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de Assis. **Da execução de alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BOSSERT, Gustavo A. **Régimen jurídico de los alimentos**. Buenos Aires: Astrea, 1999.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CENDON, Paolo. Le misure compulsorie a carattere pecuniario. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989.

COLIN, Ambrosio; CAPITANT, H. **Curso elemental de derecho civil**. Traducción por Demófilo de Buen. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952.

DEGNI, Francesco. **Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano**. Padova: Cedam, 1943.

FERNANDES, Iara de Toledo. **Alimentos provisionais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA, Pinto. **Investigação de paternidade, concubinato e alimentos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1998.

GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 1999.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VI, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

LOPEZ, Blas Piñar. **La prestación alimenticia en nuestro derecho civil**. Madrid: Reus, 1955.

MADOZZO, Luis Ramon. Derecho procesal civil: medidas conminatorias. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 1, p. 154-160, jan./abr. 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Tutela específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IX e X. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Tratado de direito privado**. tomo IX e XXVI. Rio de Janeiro: Borsói, 1971.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo civil e direito à preservação da intimidade. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **A tutela de urgência e o direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. VIII, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. A tutela antecipatória e os alimentos provisionais: uma breve análise. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 9, p. 471-472, jul./set. 1998.

_____. **A antecipação da tutela dos alimentos provisórios e provisionais cummulados à ação de investigação de paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. O caráter não patrimonial do dever de sustento na perspectiva constitucional. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 39, p. 163-176, 2004.

_____. A jurisdição na perspectiva da dignidade da pessoa humana. **Revista Nacional de Direito**, Ribeirão Preto, v. 53, p. 11-18.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família** (Direito Matrimonial). Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1990.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Protección a la persona humana. In: **Daño y protección a la persona humana**. Buenos Aires: La Rocca., 1993.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. v. 1, 2 e 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ZANNONI, Eduardo A. **El daño en la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993.

ZAVALÍA, Fernando López de. La tutela de las obligaciones de hacer, y de no hacer en el derecho argentino. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 5, p. 422-444, maio/ago. 1997.